

Research Paper Series

No. 18

**第三帝国における経済的自由主義の法的再構築か？
——ナチス新民法・経済法とハンス・グロスマン＝デルトの「自由主義経済法」改革論**

雨宮昭彦

2020 年 3 月

第三帝国における経済的自由主義の法的再構築か？

——ナチス新民法・経済法とハンス・グロスマン＝デルトの「自由主義経済法」改革論*

* 本稿は、雨宮昭彦、ヨッヘン・シュトレープ編『管理された市場経済の生成—介入的自由主義の比較経済史』（日本経済評論社、2009年）所収の拙稿（第1章「1930年代ドイツにおける＜経済的自由＞の法的再構築——ナチス経済法と競争秩序のシステム」）に、その後の筆者の研究の基本的視点の変化にともない改訂を試みたものである。

第三帝国における経済的自由主義の法的再構築か？

——ナチス新民法・経済法とハンス・グロスマン＝デルトの「自由主義経済法」改革論

雨宮昭彦(首都大学東京名誉教授)

はじめに——1920年代から30年代における介入法のシフト

I 第三帝国における「所有と契約」に関する研究史の現状

1. ナチス経済像の再検討
2. 「契約思想の解体」という神話

II 新民法と経済法の理念

1. ナチス新民法の理念
2. ナチス経済法の理念
3. 強制カルテル設立法

III ナチス期における法改革の論理

1. 「新しい自由主義」の制度化
2. 近代自由主義経済法のオールド自由主義的超克

おわりに——公序としての経済的自由主義か？

第三帝国における経済的自由主義の法的再構築か？

——ナチス新民法・経済法とハンス・グロスマン＝デルトの「自由主義経済法」改革論

国家が市民社会から全権委任をとりつける戦争のような例外状態を別にすれば、「所有権絶対の原則」および(「契約自由の原則」・「団体結成の自由」などを含む)「私的自治の原則」は、近代私法である民法の古典的基本原則であって、そこにいわゆる市民社会の自律性の理念が法的に表現されているとされている。資本主義経済の発展は、原則的には、この自律的な市民社会の理念と切り離すことはできないのである¹。

とはいえ、これはあくまでも原則や理念の範囲で言えることであって、実際には、例えば、ドイツで自由主義的経済秩序を象徴する営業の自由と契約の自由が宣言された時期——前者は 1869 年(営業法)、後者は 1900 年(民法)——にも、自由主義経済秩序の原則(国家と経済の相互独立性、経済活動の自由を守ることへの国家の課題の限定)に反する国家介入が行われており、1873 年以後の大不況といわれる時期には経済法、労働法、社会法に基づく諸政策が実施された²。さらに、とりわけ、1890 年ヴィルヘルム 2 世の 2 月勅令を契機として労働者・職員保護に関する諸規定(日曜休暇、労働時間・賃金、解約告知期間などに関する諸規定)が施行された³。

経済への国家介入は第一次世界大戦以後になるとより一般化した。ドイツ革命によってドイツ帝国からワイマール共和国へと転換したドイツでは、自由主義的理念と社会国家的理念の双方を表明したワイマール憲法⁴を背景にその二つの理念に基づく両方向からの介入が本格化した。それを時期的に比較すると、1920 年代と 30 年代との間に特徴的な差異があるように思われる。

すなわち、1920 年代に主流となったのは、社会国家の理念を指向する方向での介入であって、具体的には、労働市場における契約者間の実質的な平等確保や弱者保護を意図した法令(1918 年の労使団体間の集团的労働契約制度、23 年の国家労働仲裁制度、20 年の経営委員会法や 26 年の労働裁判所法など一連の労働法、母性保護法・労働時間条例・閉店法・パン菓子製造業夜間労働禁止法・失業扶助法など)が挙げられる⁵。

これに対してワイマール共和国末期、大不況の中で成立した大統領内閣が統治した 1930 年代には、経済危機で混乱し破壊された市場経済の再建に関わるという意味で自由主義的理念に基づいた法令が数多く発布された。それによる介入は、20 年代とは異なって、価格やそれを規定する市場権力への介入であって、私的所有権に基づく経済的自由、すなわち「契約自由の原則」や「団体結成の自由」など「私的自治の原則」の再検討という点では 20 年代と共通していたが、それを、社会国家建設のような方向ではなく、逆に、機能不全となった市場経済を再構築する方向で遂行した点がこの時期の特徴であった。法学者

¹ Kaufmann, F.-X., Diskurse über Staatsaufgaben, in: D.Grimm(Hg.), *Staatsaufgaben*, Baden-Baden 1994, S.23; 近江幸治『民法総則』成文堂、2008 年、14 頁以下。

² Jaeger, H., *Geschichte der Wirtschaftsordnung in Deutschland*, Frankfurt/M 1988, S.108.

³ 雨宮昭彦『帝政期ドイツの新中間層』東京大学出版会、2000 年、87 頁以下。

⁴ 自由主義的理念は、個々人の経済活動の自由に関する 151 条、契約の自由・営業の自由に関連する 152 条以下に、社会国家的理念は、土地制度改革に関する 155 条、社会化に関する 156 条、団結権の承認に関する 159 条、経済民主主義の原則に関する 165 条、社会保険制度に関する 161 条に示されている。Werner, S., *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*, Frankfurt/M u.a. 1991, S.24f.

⁵ Werner, S., *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*, S.26f.

J.W.ヘーデマン(Justus Wilhelm Hedemann)によれば、1930年代前半(1931-35年)には、『ドイツ国家法令集(Reichsgesetzblatt)』第一部(国内法)に収録された法令の数は23,720を数え、その大部分は経済問題に関係していた⁶。経済法(Wirtschaftsrecht)と総称されるこうした法律の発布は、ワイマール期末期の大統領内閣のもとで始まり、ナチス期に加速化した。

これら経済法は、先に述べたように、「所有権絶対の原則」、「契約自由の原則」、「私的自治の原則」に抵触するものであったが、その基本的考え方は、20年代の介入法精神からは大きな転換を遂げていた。この変化の核心をなす考え方を、本稿では、ナチス体制下の1930年代後半に、国務大臣・官房長官ランマーズ(H.-H. Lammers, Reichsminister und Chef der Reichskanzlei)と国家・プロイセン内務省事務次官プフントナー(Hans Pfundtner, Staatsekretär im Reichs- u. Preuß. Ministerium d. Innern)を編者に刊行された叢書「ナチス国家の基盤・構成・経済秩序」の表題および、その一冊として収録されたハンス・グロスマン・デルト著『経済法』の指摘に従って⁷、「競争原理」(Wettbewerbsprinzip)と「経済秩序」(Wirtschaftsordnung)という言葉で表現したい。

ナチス期には、経済活動の「自生的規範」(Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft)である「一般業務条件」(Allgemeine Geschäftsbedingungen, AGB)の改革から始まって、経済法の再編、より原理的な私法・公法関係の再検討を経て、民法改革すなわち新民法(国民法 Volksgesetzbuch)の構想に至る一連の私法改革が進展した。その目的は、その推進者の意図から見れば、「私的自治の原則」の否定・「経済的自由」の抹消ではなく、むしろその再定義であり、とりわけ機能不全となった「競争原理」の、19世紀末以降の新しい経済的条件のもとでの再生を意図した「経済的自由」の法的再構築であって、先の『経済法』の著者である法学者ハンス・グロスマン＝デルト(Hans Großmann-Doerth, 1894-1944)の言葉を借りるならば、「無意味化した」、19世紀的「市民時代的な」「自由主義経済法」の刷新こそが「ナチズムの法改革の課題」であった⁸。このグロスマン＝デルトは、ヴァルター・オイケンやフランツ・ベームとともに、オールド自由主義思想の代表者と目されており、1930年代半ばには、両者とともに、オールド自由主義思想の形成史において決定的な意味を持つ『経済の秩序』叢書⁹の編者を務めている。

以上に述べた観点から、本稿では、ナチス体制下における経済的自由主義の刷新を、次の順序で明らかにしていきたい。まず、第1節では、ドイツにおけるナチス経済史研究および法制史研究の最新の展開を、従来の研究史との関連で整理することにより、本稿の問題設定の研究史的意義を確認する。次いで第2節で、ナチス私法改革すなわち新民法の理念と30年代前半に発布された経済法を検討したうえで、第3節では、ナチス期における法改革の論理をオールド自由主義の視角から探り、最後に、その問題点を、新しいナチス経済史研究(およびフーコーのようなオールド自由主義思想研究)が孕む限界とともに、指摘することにした。

⁶ Hedemann, J.W., Recht und Wirtschaft, in: Ders., *Probleme des deutschen Wirtschaftslebens*, Berlin u.a. 1937, S.795f. Zit. aus J. Bähr, >Recht der staatlich organisierte Wirtschaft<, in: Ders. und R. Banken, *Wirtschaftssteuerung durch Recht im Nationalsozialismus*, Frankfurt/M 2006, S.452.

⁷ Großmann-Doerth, H., *Wirtschaftsrecht einschl. Gewerberecht*. 2.Bd., Gruppe 2, (Heft 38) von: Lammers, H.-H. und H. Pfundtner (Hg.), *Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates*, Berlin 1938.

⁸ Großmann-Doerth, H., Sinnlos gewordenen liberales Wirtschaftsrecht--eine Aufgabe nationalsozialistischer Rechtserneuerung, in: *Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift*, Jg.1934.

⁹ 雨宮昭彦『競争秩序のポリティクス』東京大学出版会、2011年、148頁。

I 第三帝国における「所有と契約」に関する研究史の現状

1. ナチス経済像の再検討

ナチス経済史研究は、以下でその一端を見るように、近年格段な進展を見せているが¹⁰、その最も顕著な知見の一つは、「ナチス期における民間企業の所有権は名目的にのみ維持されたのであり、実際には、経済アクターとしての企業には自立的意思決定の余地は殆どなかった」との従来の支配的な見方に根本的な修正を迫った点である¹¹。

例えば、アメリカの経済史家 P. テーミン(Peter Temin)は、ソビエト経済とナチス経済を比較し、両者の共通面として中央集権的計画経済を強調した¹²。このような、いわば経済史的全体主義論は、従来ドイツでも支配的な見方であったといってよい。例えば、J. シュナイダー(Jürgen Schneider)は、第一次世界大戦以後のドイツに関して、次の点を示した¹³。①ナチス経済は、法律上の私有財産制は維持されつつも、実際には生産手段の処分権を掌握した国家によって操舵された経済である。②ナチス経済は、経済制度の面から見て、「社会的市場経済」に指向した戦後西ドイツ経済とは不連続である一方で、ソビエト型中央計画経済を採用した東ドイツとは連続性を示す。③「学識者諮問委員会 Wissenschaftlicher Beirat」メンバーであるオールド自由主義経済学者・法学者に関しては、彼らと戦後西ドイツとの関わりを強調する一方で、ナチス体制との関係については不問に付している(或いは、ナチズムに対する彼らのレジスタンスを一面的に強調している¹⁴)。

ナチス経済における国家と企業の関係を検討して、テーミンもシュナイダーも、ナチス経済を企業の自立的意思決定が失われた国家主導経済としている。ナチス経済は、この立場にとって、企業の私的所有権が形骸化し国家が生産手段を利用する権限を掌握した「社会主義ブランド」の一タイプなのである。

この命題を論証する際に、テーミンは、所有権の形骸化をこの体制における契約のあり方と関連づけ、国家が企業に固定価格でその産出物の引き渡しを義務づけるという企業にとって不平等な長期契約の形態であったとした。企業がこの契約を拒否した場合には、彼によれば、その企業は国有化されるのである。

¹⁰ 例えば、次を参照。シュペーラー、マルク/シュトレープ、ヨッヘン「ナチス経済研究のパラダイムチェンジ―ドイツにおける最新の研究動向」雨宮昭彦・三ツ石郁夫訳(『歴史と経済』200号、2008年7月、所収)。新しい研究を反映した文献として、トゥーズ、アダム『ナチス 破壊の経済』山形浩生・森本正史訳、2019年。

¹¹ Buchheim, C., J. Scherner, The Role of Private Property in the Nazi Economy: The Case of Industry, in: *Journal of Economic History*, Vol. 66, No. 2, 2006, S. 394.

¹² Temin, P., Soviet and Nazi Economic Planning in the 1930's, in: *Economic History Review*, Vol. 44, No. 4, 1991.

¹³ Schneider, Jürgen, Von der nationalsozialistischen Kriegswirtschaftsordnung zur sozialistischen Zentralplanung in der SBZ/DDR, in: J. Schneider, W. Harbrecht Hg., *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik in Deutschland(1933-1993)*, Stuttgart 1996, S. 11.

¹⁴ Blumenberg, Lampe, C., *Das wirtschaftspolitische Programm der "Freiburger Kreis". Entwurf einer freiheitlich-sozialen Nachkriegswirtschaft. Nationalökonomien gegen Nationalsozialismus*, Berlin. 1973, を参照。

これに対して、ブーフハイムとシェルナーは、この間にドイツで進捗しつつあった実証研究の成果を、テーミンの方法、すなわち「所有と契約」の観点から整理することによって、テーミンの主張に反して「契約の自由」は次の3点においてナチス期にも基本的に維持されたことを立証した¹⁵。①資金、原材料など投入の配給が拡大したにもかかわらず、企業は通常は依然として自分自身の生産計画を追求する十分な余地を維持していた。②工業における投資決定は確かに国家規制から影響を受けたが、その決定の主導権は一般には企業にあった。投資の水準や構成における中央計画は存在していなかった。これは4カ年計画のもとも、戦時期を通じてもそうであった。③国家の戦争関連投資やアウタルキー関連投資に関してさえも、国家は通常、工業への無条件の支援を保証するために権力を行使しなかった。むしろ、契約の自由が尊重された。国家は、企業に契約の幾つかの選択肢を提示し、企業自身の選択を通じて、企業が国家目的に従って行動するように誘導した。

J.シュトレープ(Jochen Streb)らは、この最後の論点、すなわち軍需経済においてナチス国家とドイツ企業との間で締結された契約形態の選択の問題に立ち入って、固定価格契約と原価契約(コスト付加契約)のうち、実際にはどちらの契約形態が選択されたかを実証的・理論的に分析し、通常の市場経済において発注側と受注側の間の情報分配の非対称性から発生するプリンシパル・エージェント問題¹⁶がそこにも観察されうることを指摘した¹⁷。独ソ戦への移行局面のなかで、政府が原価契約よりも固定価格契約を選択すべき諸条件(発注者＝政府と受注者＝企業との間で取引情報における発注者側の有利な位置の確立を示す諸条件)が一般的には満たされていき、「1942年5月19日の単位価格ないしグループ価格に関する条例」によって原価契約から固定価格契約への移行(契約のあり方への法的規制)が行われたが、そうした諸条件が整わない産業(例えば、建設業)では、(取引当事者双方のその都度の駆け引きの結果として)両方の契約形態が併存したとされる¹⁸。

¹⁵ Buchheim, Scherner, *The Role of Private Property in the Nazi Economy*; Buchheim, C.(ed.), *German Industry in the Nazi Period*, Stuttgart 2008.

¹⁶ 発注者(プリンシパル)が受注者(エージェント)の行動を監視できない状況下で約束を実行させるのに最適の契約形態を選択しようとするときに直面する諸問題で、ここでは、情報上の優位に基づく情報レントをエージェントが獲得する事態を回避する必要性を重視した契約形態(原価契約)と、生産費を引き下げようとするエージェントのインセンティブを損なわないような契約形態(固定価格契約)との間の選択上の葛藤が問題となる。

¹⁷ シュペラー、マルク/シュトレープ、ヨッヘン「ナチス経済研究のパラダイムチェンジか—ドイツにおける最新の研究動向」

¹⁸ シュトレープ, J., 雨宮昭彦・三ツ石郁夫他訳「インセンティブ対取引費用:第三帝国における建設業規制」(首都大学東京・大学院社会科学研究所・経営学専攻 Research Paper Series, No.11), <http://www.comp.metro-u.ac.jp/lib.keiei/rps.html>; Streb, Jochen, *Negotiating Contract Types and Contract Clauses in the German Construction Industry during the Third Reich*, in: *The RAND Journal of Economics*, Band 40, 2009.

テーミン批判から出発したブーフハイムらは、最近の研究成果をふまえて、さらに積極的に次のような興味深い指摘を行っている¹⁹。

①ナチス体制は、一般に、民間企業の国営化や国有企業の創設を全く望んではいなかった。逆に、可能などころでは企業の「再民営化」すらも促進された。

②ナチスのイデオロギーにおいては、企業家的精神が重視され、私的所有はそうした企業家的精神の発揮にとって不可欠の前提であると考えられていた。

③私的所有のみが、コスト意識を育て、効率性上昇と技術的進歩を達成させる重要なインセンティブの源泉となるとナチエリートは考えていた。4カ年計画は可能な限り民間企業によって執行されるべきであるとの基本的方針の背景には、「ドイツ原材料局の4カ年計画への融資プラン」も述べているように、「工業の自由なイニシアティブを維持することが重要であり、その場合にのみ、成功が期待できる」との動機づけがあった。ヒットラーも、経済の官僚制的経営に対して、それが自然的淘汰を回避することによって、最も弱い平均の維持に保証を与え、より高い能力や工業や価値に対する重荷となって一般的な繁栄に対するコストとなるが故に、基本的に反対であるとの考え方を折に触れて表現した。

④こうした考え方は、私的所有権と公的所有権の効果に関するモダンエコノミクスの理解と一致している。第三帝国が、私的所有権に基づいた企業経営と国家のインセンティブ政策との組み合わせを、生産の効率性を増進させるための基本的には最善の道として追求したことは最近の経済史事例研究が示す通りである。こうした関連をナチスはよく知っており、彼らの目的を達成するために、意識的にそれを利用した。

ナチス経済は中央管理の計画経済ではなかったこと、ナチスの経済政策は、基本的に、私的所有の枠組みを維持し民間企業の活力を促進していく立場にたっていたことが確認された。しかし、テーミンの問題提起をめぐるブーフハイムらの作業の意義は、それだけに止まらない。反証可能な形で提起された命題をめぐるこの論争は、「所有と契約」の関係という問題設定の仕方、すなわち私的所有権を前提とした取引における契約のあり方に注目して法と経済を関連づけるという卓抜した方法的視角のゆえに、個別経済史分野を超えて、この時期、「経済的自由」の法思想・経済思想に起こりつつあった事態を考察するうえでも極めて重要な意義を有しているように思われる。ナチス経済史研究と法制史研究との架橋の試みを可能にするのはこの方法的視角である。なお、こうした新しい研究視角に孕まれた限界については、本稿の最後の部分で言及したい。

2. 「契約思想の解体」という神話

すでに述べたように「契約の自由」は、近代私法(民法)の基本原則「私的自治」の最も重要な構成要因であり、「私的所有権絶対の原則」と共に、経済的自由主義の法的な基本原則を示すが、この契約モデルは、ナチス体制のもとでは、「いつでも制限されたり、取り消されたりされうる」とされてきた²⁰。「私的自治」を

¹⁹ Buchheim, C., J. Scherner, *The Role of Private Property in the Nazi Economy: The Case of Industry*.

²⁰ Harth, C., *Der Mythos von der Zerstörung des Vertrages*, Frankfurt/M 2008, S.13f. における研究史の整理を参照。こうした支配的な見解に対して、すでに E. フレンケル(Ernst Fraenkel)は、1941年に刊行した『二重国家』(*The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, New

体現し「自由主義」と「個人主義」の法的表象である「契約の自由」は、個々の利害の全体利害への従属（「公益は私益に優先する」）を要求する「全体主義」国家においては攻撃対象となったのであり、最終的には私法の存続自体が問題化したと考えられてきた。「法秩序の退化」、法の「国家テロの道具化」、「契約の廃棄」がこれまでのナチス法制史の支配的見解であった。先の全体主義論の経済史ヴァージョンは法制史におけるこの見解といわば相互に補完的な関係にあると言える。

しかし、こうした理解には、法改革作業に従事したナチス諮問機関「ドイツ法律アカデミー」の議事録・関連資料²¹が公刊され、その研究が進むにつれて「正当な懷疑」が向けられるようになり、「財やサービスの交換を規制する契約に関しては、それが妥当しない」ことが明らかになった。とりわけ、1938年から43年にかけて実施された「ドイツ法律アカデミー」のプロジェクト、ナチス新民法すなわち国民法(Volksgesetzbuch)草案を検討したC.ハルト(Caroline Harth)は、2008年に公にした博士論文において、次のような瞠目に値する諸点を明らかにした²²。すなわち、①新民法草案の若干の部分にはナチス的表現が認められるものの、基本的には法技術的に従来の民法(BGB)の内容が継承されている。②契約法に関して目指されたのは、一般的には、「契約の自由」の原理的廃棄ではなく、古典的な契約概念(契約当事者間の形式的な合意モデル)の機能不全の認識に基づく改革であり、具体的には、市場経済の規制をはかる経済法との整合性を確立することであった。③この改革の主導理念としてナチス諮問機関法律家たちの念頭におかれたのは、古典的な経済的自由主義モデルが機能不全になったとの認識を踏まえて、国家の直接的操舵モデル(私法領域の公法への吸収)ではなく、(私法による対応をあくまでも維持して)個人のイニシアティブを生かす方向での「秩序づけられた自由主義」モデルであった。こうした法制史理解は、ブーフハイムらの経済史研究が提起した新しいナチス経済像と整合的な関係にあると言ってよい。

ところで、新契約法の構想へと発展することになるナチス経済法に関しては、マックス・プランク欧州法制史研究所の大規模なプロジェクト「ヨーロッパの独裁:経済コントロールと法」の一部として実施された「ナチズムにおける法を通じた経済操舵」の研究成果が2005年以降次々に公にされた²³。上記ハルトもそのメンバーに含む研究グループは、労使関係の法的規制、農業法、外国為替管理法と貿易、銀行法と金融規制、保険業の規制、競争法とカルテル法、特許法と知的財産保護、消費政策、株式会社法と借入資本法、鉱山法、エネルギー産業法、食料価格等々、広範な領域のナチス経済法と取り組んだ。この個別分析は、ナチス期に発布された経済法の重要な法令が、基本的に戦後西ドイツへと引き継がれたことを明らかにしている。しかし、その際、この連続性に関して言えば、例えば、株式会社法の場合、何故いわゆる「システ

York: Oxford University Press, 1941. 中道寿一訳、ミネルヴァ書房、1994年)において、ナチズムが個人の自由を除去して法治国家を解体したが、資本主義経済秩序の諸原理、私有財産や契約への忠実の諸原則は維持したことを指摘している。Bähr, J. u. R. Banken(Hg.), *Wirtschaftssteuerung durch Recht im Nationalsozialismus*, Frankfurt/M 2006, S.4f.

²¹ *Akademie für Deutsches Recht. 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse*, Schubert, Werner u.a.(Hg.), Peter Lang: Frankfurt am Main u.a. 1986年より刊行が始まり、2008年の時点で17巻が出版されている。

²² Harth, C., *Der Mythos von der Zerstörung des Vertrages*.

²³ 「ヨーロッパの独裁」シリーズは、2002年から2007年までに14巻が刊行された。そのうち次の2巻がナチズムにおける法と経済を主題としている。Gosewinkel, D.(Hg.), *Wirtschaftskontrolle und Recht in der nationalsozialistischen Diktatur*, Frankfurt/M 2005; Bähr, J. u. R. Banken(Hg.), *Wirtschaftssteuerung durch Recht im Nationalsozialismus*.

²⁴ Bähr, J., Unternehmens- und Kapitalmarktrecht im >Dritten Reich<: Die Aktienrechtsreform und das Anleihestockgesetz, in: Bähr, J. u. R. Banken(Hg.), *a.a.O.*, S.54ff.

ム中立的な改革」がなされたのかについて、その論理が十分に明らかになっているとは言い難い²⁴。また、エネルギー産業法の場合、その「システムの境界を超えた」戦後への持続の説明を、「経済政策の自由主義的局面と介入主義的局面の間の境界線は、自由な政治システムと全体主義的政治システムとの間の時期区分とは一致せず、極めて複雑な相互関係にある」とのいわば表層観察で代替させることで満足してしまっており、法的持続性を説明する歴史的ロジックの構築へと進もうとしていない²⁵。

これに対して、マックス・プランク研究所のプロジェクトに参加したハルトは、後の博士論文となる内容をここでいっそう端的に展開し、ナチス私法改革に関する、「反自由主義的、反個人主義的」で、「法思想の退化」、「契約思想の解体」との通説を簡潔に批判した²⁶。それによれば、①ナチス私法新秩序が生成した背景には、工業化の進展と世界恐慌によって市場の競争原理と契約自由の基盤が解体されてきているのであり、従って、競争の再建を通じてのみ契約の正当性も再建されうとの認識があった。しかもこの認識はすでに 1933 年以前から広がっていた。②ナチス私法改革の核心は、経済介入や中央管理経済への志向性ではなく、経済的自由主義思想とナチス法思想との結合を試みた点にあり、ここにおいてナチスの私法思想とオールド自由主義の経済思想とが結びついたのである。

この見方は 1945 年以降への法的連続性に関して一つの極めて興味深い説明の仕方を示唆している。世界大不況から 1930 年代ナチズムの時代は、——すでに拙著で示したように²⁷——、第一次世界大戦と大恐慌によって決定的な存亡の危機に瀕し、延命を模索する経済的自由主義が根本的な自己変革を模

²⁵ Stier, B., Zwischen kodifikatorischer Innovation und materieller Kontinuität: Das Energiewirtschaftsgesetz von 1935 und die Lenkung der Elektrizitätswirtschaft im Nationalsozialismus, in: Bähr, J. u. R.Banken(Hg.), *a.a.O.*, S.304.

²⁶ Harth, C., Der >richtige Vertrag< im Nationalsozialismus. >Wettbewerb als Instrument staatlicher Wirtschaftslenkung, in: Gosewinkel, D.(Hg.), *a.a.O.*

²⁷ 雨宮昭彦『競争秩序のポリテイクス—ドイツ経済政策思想の源流』東京大学出版会、2005 年；Amemiya, A., Neoliberalismus und Faschismus: Liberaler Interventionismus und die Ordnung des Wettbewerbs, in: *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte*, 2008/2.

²⁸ *RGBL*(=Reichsgesetzblatt), I, 1934, S.605.

²⁹ Harth, C., Der >richtige Vertrag< im Nationalsozialismus, S.108.

³⁰ *Akademie für Deutsches Recht. 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse*, Bd.III, 1, *Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien*, Schubert, W. u.a.(Hg.), Frankfurt am Main u.a. 1988, S.39ff.

³¹ Schmidt-Rimpler, W., Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in: *Archiv für civilistische Praxis*, N.F., 27.Bd., 1941. Harth, C., Der >richtige Vertrag< im Nationalsozialismus, S.107f., 114 をも参照。

³² Harth, C., Der >richtige Vertrag< im Nationalsozialismus, S.110.

³³ *Ibid.*, S.110, 112.

³⁴ *Akademie für Deutsches Recht. 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse*, Bd.III, 1, S.39ff.

³⁵ *Ibid.*, S. 46.

³⁶ Wegerich, C., *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit. Justus Wilhelm Hedemann(1878-1963)*, Tübingen 2004, S.70f.

³⁷ Rundschreiben von Hedemann vom 7.1.1941 an die Vorsitzenden der Bürgerlich- und handelsrechtlichen Ausschüsse(Richtlinien für die Teilentwürfe), in: *Akademie für Deutsches Recht. 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse*, Bd.III, 1, S.327.

³⁸ Die Lehre von den Leistungsstörungen. Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht vorgelegt von Heinrich Stoll(Tübingen 1936), in: *Akademie für Deutsches Recht. 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse*, Bd.III, 3, S.232ff. 引用は、S.248.

索していく時代に他ならなかった。この時期に発布されたり構想された経済法や私法の、戦後への連続性の根拠も、これら法律の経済思想的支柱の連続性と密接不可分の関係にあるのではないだろうか。

以上の研究史の整理をふまえて、次節では、ナチス国民法と経済法の基本的な考え方について立ち入ることにしたい。

II 新民法と経済法の理念

ナチス体制のもとでは「契約法の改革」に、戦後西ドイツで要人として活躍することとなる錚々たる法学者が従事した。その多くは、「ドイツ人の法生活の改革を促進し、法制定管轄部局との緊密かつ継続的な連携のもとで、ナチズムの綱領を国家全領域において実現することを課題」(ドイツ法律アカデミー法 1934 年 7 月 11 日、§2)²⁸として設立されたナチス諮問機関「ドイツ法律アカデミー」メンバーであった²⁹。従来の民法(1896 年起案、1900 年発効)を改正して「ドイツ国民法(das Volksgesetzbuch)」を制定することが同アカデミーの最大の課題であったが、ナチス契約法は、この新民法である国民法のなかの「第四編 契約・責任法(債権法)(4.Buch: Vertrags- und Haftungsordnung(Schuldrecht))」として成文化されることになった³⁰。

この契約法の作成過程で中心問題となったのは「正しい契約」(der richtige Vertrag)の概念である。ナチス法改革における「正しい契約」というコンセプトの解釈は、ドイツ法律アカデミーの主要メンバーの一人、W.シュミット＝リンプラー(Walter Schmidt-Rimpler)が 1941 年に発表した論考が示すように³¹、私的自治の思想(私法上の法律関係については個人の自由意思に基づいて自律的に形成しうる。それに属する「法律行為の自由」のなかでも典型的な「契約自由の原則」は、契約の締結・相手方選択・内容・方法を国家の干渉を受けずに自由になし得るとする。)と(公益優先を規定する)他律的な契約秩序との関係をめぐっている。

従来の民法の基礎にある(19 世紀的)自由主義的経済秩序の考え方に従えば、自由に結ばれた契約が共同体にとっても有効性である合目的性(Zweckmäßigkeit)は自明のものであった。自由な契約の正しさは市場が正義であるとの確信、市場への信頼に基づいていた。なぜなら、リベラルな市場経済の理念によれば、市場経済への個々の参加者による個別の決定、個々の自由な契約の総和は、結果的に、公益と合致するとされたからである。こうした考え方は第一次大戦前後から動揺し始め、市場への不信は世界恐慌によって決定的となった。こうして伝統的な「正しい契約」の理念はナチズムのもとで大きく転換していくことになる。ナチスの契約思想に関して一般的に了解されてきたのは、私的自治の思想を放棄し、個々の契約当事者の利害である私益よりも共同体の利害である公益を優先するとの見方である。

しかし、個々の国民の結ぶ契約に関して、とくにナチス・イデオロギーが色濃く刻印された家族法や労働法の対象領域では(個々の具体的契約ケースの中に)ナチ党綱領第 24 条の有名な文言「公益は私益に優先する」に概括されるような私的自治から他律的秩序への転換が確認される一方で、財やサービスの交換を対象とした契約(ナチス体制下で結ばれた個々の取引に関する契約)に関しては、その限りではなかった³²。従来、「反自由主義的」、「反個人主義的」、「反ローマ法的」と考えられてきた新民法構想に関しては³³、どうであろうか。

1. ナチス新民法の理念

新民法である「国民法」草案は、それまでの議論を集大成し、1941年5月に「機密」文書として、ドイツ法律アカデミーの代表委員会メンバー、各委員会委員長およびライヒ法務大臣に送付された³⁴。この草案冒頭、「大ドイツ帝国の国民法に関する基本法則。第1章 民族同胞の原則」は、契約に関して、次のように規定している³⁵。

「第11項： 経済生活の秩序(die Ordnung des Wirtschaftslebens)は民族同胞の共同体意識を持った共同生活の本質的な前提である。契約は、財の有意義な分配の手段(Mittel sinnvoller Verteilung)として承認される。」

契約を「財の有意義な分配の手段」とみること自体はナチス新民法に特有のことではない。問題は、その法システムが、「財の有意義な分配」としてどのような理念を基礎におくかである。そしてその理念は、第11項も示すように、共同体の本質的な前提である「経済生活の秩序」の内容に関わっている。

この点について構想されているドイツ新民法は何を最も重要な目標としているであろうか。国民法制定委員会委員長 J.W.ヘーデマン(Justus Wilhelm Hedemann)³⁶の執筆した国民法草案指針に関する回状(1941年1月7日)によれば、ドイツ法律アカデミー総裁 H.フランク(Hans Frank)は、上記草案が完成する前年、1940年にミュンヘンで開催された同アカデミー年次大会において、これを、次のように要約している³⁷。「ドイツ国民法が抱懐するのは次のような20世紀の認識である。すなわち、個人法に代わって共同体法が、貧しい者の搾取に代わって彼らのための扶助が、資本主義の利潤渴望に代わって、非の打ちどころのない業績競争(einwandfreien Leistungswettbewerb)を通じて計画的に導かれた健全な個人の発展が、強者による弱者の抑圧システムに代わって、社会的・法的に対等に保護された民族同胞の間の真の契約自由が立ち現れなければならないとの認識である」、と。

「真の契約の自由」には、ここでは、その前提として「非の打ちどころのない業績競争を通じて計画的に導かれた健全な個人の発展」を可能にするような経済のあり方(「経済生活の秩序」)が想定されている。この健全な諸個人の「業績競争」に基づいた「経済生活の秩序」については、ドイツ法律アカデミー・メンバー、チュービンゲン大学教授 H.シュトール(Heinrich Stoll)によって1934年に執筆され、同アカデミーの「人格[自然人・法人]法・団体法・債権法委員会」に提出、討議を経て35年9月に決定稿となった重要文書「業績の障害に関する教訓」が、いっそう端的に次のように述べている³⁸。なおこの報告書には契約法草案が添付され³⁹、35年10月にアカデミー総裁 H.フランクに届けられた⁴⁰。

「経済生活の秩序にとって重要な個人の活動力(der persönlichen Tatkraft)の意義を認識し、共同体におけるいっそう高い業績達成のために個々人の生活意欲(Lebenswillen des einzelnen)を意識的に利用する(sich einsetzen)ような法秩序は、個々の業績(Einzelleistung)の向上を刺激し、活力ある自発

³⁹ Gesetzentwurf von Heinrich Stoll aus der Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht: “Die Lehre von den Leistungsstörungen”(1936), in: *Akademie für Deutsches Recht. 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse*, Bd.III, 1, S.270ff.

⁴⁰ シュトールの報告書に付けられた、ドイツ法律アカデミー人格[自然人・法人]法・団体法・債権法委員会委員長 J.W.ヘーデマンの序文による。ヘーデマンは、当時イエーナ大学教授、同大学経済法研究所所長。1936年のうちにベルリン大学教授に転任する。同委員会は、1939年にドイツ法律アカデミーの国民法制定委員会に吸収され、ヘーデマンがその委員長に就任する。Wegerich, C., *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit*, S.70f.

的人格(der tatkräftigen Persönlichkeit)に対して発展の可能性を与えるために必要不可欠な手段に訴えることを躊躇しないのである。そのための法政策的手段は、債権法的な契約の自由(die schuldrechtliche Vertragsfreiheit)である。個人の自発性(der privaten Tatkraft)にこそ、最高の目標である公益(Gemeinwohl)の顧慮が求められなければならないのであり、この自発性の退化は、断固として阻止されねばならない。個人の自発性が、強制的な規則の網の中で窒息してしまわないように、また、裁判所の契約形成を要請して絶えざる危険にさらすことで萎縮してしまわないようにしなければならない。従って、私法においては、強制的規則の導入や裁判所の〔契約〕形成権の拡大によって〔公益の直接的〕保護思想を考慮するという可能性は、生命に関わるような重大な法的関係や異常事態における係争問題の調停を目的とする場合のみに限られるのである」、と。契約の自由の必要性に関する、同様な、上記の文言をほぼそのままなぞるような見解を、アカデミー主力メンバー、ケルン大学教授 H.C.ニッパードイ(Hans Carl Nipperdey)も、1937 年に示している⁴¹。

ナチス新民法における「経済生活の秩序」は「個人の活動力」を重視し、業績競争の主体である「活力ある自発的人格」の発展を促すような社会システムを想定している。「公益」は、このシステムにおいては、「私益」を追求する「個人の自発性」への法的・司法的介入による後者の強制的抑制を通じた前者の「保護」によって実現すべきではないとされており、むしろ「個人の自発性」への「公益」顧慮の要請、すなわち私益追求の自発性と公益実現との両立が主張されている。(債権法的な)「契約の自由」は、ここでは、その廃棄を要請されるどころか、むしろ、この「経済生活の秩序」にとっての「必要不可欠な手段」として位置付けられ、それへの積極的なコミットメントが明示されているのである。

ところで、これらの議論において、「経済生活の秩序」を構成する競争は、「個人の自発性」を「公益」へと結びつける「業績競争」(Leistungswettbewerb)であって、無制限な「自由競争」とは峻別されている。「公正な競争」は「障害のある競争」や「誤った競争」でもありうる「通常の競争」とは区別され、「法的に許容しうる業績競争」は「法的に許容できない非業績競争」と峻別されるのである⁴²。これらの点について、1937 年 10 月、ドイツ法律アカデミーにおいて「民法改革に向けて」をテーマに開催された報告会において W.シュミット＝リンプラーは次のように述べている⁴³。

「個人が自分のイニシアティブの自由を通じて、また自己の責任ある決定を通じて、共同体に貢献するという視点」、「自己投入の意義が、共同体を構成する分枝としての行動のなかに存在していること」——これを「実現する手段」として、「教育」と並んで、「自己実現のエゴイズムと意志を駆動力として用い、法的規則を通じて共同体にとって正しい結果を獲得するという方法がある。具体的には、契約の思想である。ただし、この契約においては、一方のエゴイズムが他方のエゴイズムと均衡しなければならず、それによって正しい結果が達成されるという限定がつく。また、競争の思想である。ただし、この競争とはすなわち業績競争であって、最高の仕事を遂行する者が、利益と成功への最大の見通しをもち、仕事が十分でない者は損失を被り排除されるという限定がつく。さらに、所有権の思想である。ただし、個々人が自分に与えられた手段を、自分の目的のために、自己の責任において投入し、所有者として誤った投入による損失を自ら担わねばならず、正しい投入による成果と利益を自ら享受するという限定がつく」、と。

⁴¹ Nipperdey, H.C., Das System des bürgerlichen Rechts, in: *Akademie für Deutsches Recht. 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse*, Bd.III, 1, S.436.

⁴² Harth, C., *Der Mythos von der Zerstörung des Vertrages*, S.89.

⁴³ Schmidt-Rimpler, W., Vom System des bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht, in: *Akademie für Deutsches Recht. 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse*, Bd.III, 1, 413f.

こうして、大筋として、近代私法の基本原則の受容を確認したナチス民法としての国民法草案は、1942年、ドイツ法律アカデミーの国民法制定委員会会合で H.クラウゼ(Hermann Krause)が行った次の指摘が、その大まかな特徴をなすことになった⁴⁴。「その編纂内容は、BGB〔民法〕のそれと本質的には同じように調整された。個々の点では、例えば、人格法(Personenrecht)における民族同胞の名誉に関する規定とか、所有権規則(Eigentumsordnung)における家屋敷と小菜園に関する規定のように、それを超えた部分もある。しかし、基本的には、さしあたりは、19世紀の私法学が示す枠組みのなかにある」、と。

だが、他方で、私益と公益の関係に関する考察は、私的自治への、「公益」の視点からの何らかの——主として、契約当事者間の条件の調整を目的とする——介入を要請せざるをえない。先に示したように、シュートルと同様の見解を述べた後で、ニッパードは、次のように指摘している、「〔個人の自発性を窒息させたり萎縮させたりしないように〕契約法においては自由裁量の規則が優位となるべきである。しかし、一連の契約や一般業務条件(Allgemeine Geschäftsbedingungen, 略号 AGB)は、共同体の要請に対応し、契約当事者間の適切な均衡・調停をもたらさねばならない」⁴⁵、と。こうして、1942年11月19、20日の一般契約法委員会において、AGBの契約規則草案が、国民法の契約規則草案に追加された⁴⁶。

この「一般業務条件 AGB」とは、本来、私的自治の原則に対応して、契約条件に関して民間で自主的に形成され、前もって定式化されている契約条件の規定であるが、新民法においては、この AGB に関して次のような条項が付加された。

§1:AGB、無効性

当局に認可されていない AGB は、それが、契約当事者の一方の利害の不適当な優遇を招く限りで無効である。

§2:AGB、妥当性

AGB は、その妥当性が当事者双方によって特別に取り決められていない場合には、次の場合にのみ、契約にとり決定的規準となる。すなわち、その AGB に基づいて契約を行おうとするものは、契約の締結時に或いは契約の商慣行的な活動のさいに、もう一方の契約当事者に明示的にその AGB を示したり、それを彼に送付したり、さもなければ適切な仕方公開し、しかも、この者が異議を唱えなかった場合のみである。
〔以下、省略〕

§7:AGB の解釈

AGB の解釈に際しては、〔契約当事者の双方にとって〕同質的な契約条件の統一的な形成を保証するという目的が考慮されなければならない。不明瞭であることは、その AGB を自分の経営に適用する者にとって負担となる。

AGB については全て当局の認可を必要とするとの提案は委員会での議論の後に、技術的に実行不可能であることなどを理由に却下され、私的自治への介入はあくまでも最小限度に止められた。ここに表れているメッセージは、全体的には、契約締結時における「透明性の要請」(Transparenzgebot)、すなわち契

⁴⁴ Krause, H., Wirtschaftsrecht und Volksgesetzbuch, in: *Deutsche Rechtswissenschaft*, Bd.6, 1941, S.204.

⁴⁵ Nipperdey, H.C., *Das System des bürgerlichen Rechts*, S.436.

⁴⁶ Stück 3: Geschäftsbedingungen, in: *Akademie für Deutsches Recht. 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse*, Bd.III, 1, S.119.

約当事者が、契約の諾否の決定にとって重要な情報を持つことを保証しなければならないとのスタンスである⁴⁷。それによって、AGB による市場の機能障害は回避され、市場のパフォーマンスの増大、すなわち公益は確保されるのである。

以上概観してきたように、ドイツ法律アカデミー、人格〔自然人・法人〕法・団体法・債権法委員会および国民法制定委員会の民法改革の視点は、私益の追求が同時に共同体への貢献(公益の実現)となることを目的に、「契約」や「競争」や「所有」に対して、すなわち私的自治の原則や私的所有権絶対の原則など私法の諸原則に対して、意識的にある条件(限定)を付加し、新たな「経済生活の秩序」を生み出そうとする考え方であった。それでは、ナチス期に数多く発布された経済法の基本的な理念は何だったであろうか。

2. ナチス経済法の理念

ナチス政府は、その発足後の諸年に、労働関係・経済関係の新秩序構築を意図して、国法形態により一連の夥しい数の法令を編纂した。その殆どが経済に関連するそれらの法令は、ナチス国家に関する「法的に有効な行為の消滅」という意味での脱法治化(Entrechtlichung)の進展」という考え方が不適當であることを示している⁴⁸。それでは、いかなる経済法を通じてどのような経済操舵が行われたのであろうか。なお、市場経済に関する国家規制・介入は、国家の法令(Reichsgesetz)や、それを通じた(民間で自生的に生まれた契約条件である)一般業務条件(Allgemeine Geschäftsbedingungen, AGB)の作成への関与によって行われた。経済法はここではそれらの法令の全てを指している。

最初に、ここでの問題関心から商品流通や価格に関する重要な経済法を概観しておこう⁴⁹。まず、「強制カルテル設立法」(1933年7月15日、RGBl, I, 1933, S.488⁵⁰)は、国家経済相(管轄分野によっては国家食糧・農業相(§9))に、カルテル等へ企業を組織し価格を監視する権限を委任した。「ドイツ商品輸出保護法」(1933年9月22日、RGBl, I, 1933, S.667)は食糧経済と工業経済における対外取引への介入を規定した。「工業原料・半製品に関する取引法」(1934年3月22日、RGBl, I, 1934, S.212)は輸入と国内流通における計画的操舵を規定した。「経済措置法」(1934年7月3日、RGBl, I, 1934, S.565)は国家経済相に商品流通の包括的操舵に関わる全権を委任した。「4カ年計画施行条例」(1936年10月18日、RGBl, I, 1936, S.887)、同「施行令」(1936年10月29日、RGBl, I, 1936, S.927)と、それに伴う「価格停止(凍結)法」と通称される「価格引き上げ禁止条例」(1936年11月26日、RGBl, I, 1936, S.955f.)は、一切の財とサービスに関する価格引き上げを(1936年10月18日に遡って)禁止した。

これらの経済法がもたらす一見した印象はナチス政府による、市場経済の最終的な停止へと至る経済統制の漸次的強化である。1933年に始まったナチスによる経済操舵は、1936年の「4カ年計画施行条例」と「価格凍結法」による市場メカニズムの停止によって一つの頂点に達し、経済面でも、全体主義的国家システムへと移行したとの見方はそうした印象と整合的であろう。実際、私有財産の私的処分権が大幅に制限

⁴⁷ Harth, C., Der >richtige Vertrag< im Nationalsozialismus, S.125.

⁴⁸ Gosewinkel, D. (Hg.), *Wirtschaftskontrolle und Recht in der nationalsozialistischen Diktatur*, S.XIVf.

⁴⁹ Puppo, R., *Die wirtschaftliche Gesetzgebung im Dritten Reich*, Konstanz 1989, S.52f.

⁵⁰ 以下、法令については、本文中に、発布の日付とともに、出典を示す。RGBl は、*Reichsgesetzblatt* の略。

された、社会主義計画経済と類似した経済操舵システムというナチス経済像は主としてこれらの経済法を根拠にしているが、個々の法令の政策的意図、理論的背景、機能メカニズム、政策効果等にまで踏み込んだ理解に基づいているわけではない。上記「取引法」のような貿易に関わる法令は、当時の為替不足に強いられた通貨・貿易政策上の必要性(為替・貿易管理)から成立した経済法であり、最近の研究では、そうした管理の制約のなかで展開した原料をめぐる企業と当局との駆け引きが繊維産業の事例にそくして明らかにされてきている⁵¹。以下では、こうした新しい研究史の理解をも背景にして、これらの経済法に対する異なった見方を提示したい。しかし、その前に、AGB 条項の問題に極く簡単に言及しておこう⁵²。

AGB 条項作成は原則的には引き続き民間に委ねられたが、国家により禁止措置が取られる場合(例、「紡糸原料法」(1935 年 12 月 6 日、RGBl, I, 1935, S.1441ff.))もあった。また、もしも国家経済相が AGB を国民経済的に見て正当ではないと判断したときには、AGB は無効であると宣言し、その適用を禁止しようとされた。こうした原則からはずれた AGB に関する特別の介入規定としては以下のような法令がある。「人の陸上輸送法」(1934 年 12 月 4 日、RGBl, I, 1934, S.1217.)、「貨物の自動車輸送法」(1935 年 6 月 26 日、RGBl, I, 1935, S.788)では、輸送条件は個々の企業家でも管轄当局でもなく、国家交通相の監督下にある公法団体であるライヒ・自動車・経営連合により作成されるとし、連合とライヒ鉄道の間で(契約)合意が成立しない場合には、国家交通相が料金を設定するとした。「船舶担保証券銀行法」(1933 年 8 月 14 日、RGBl, I, 1935, S.583)では、契約条件が銀行にも債務者にも正当であるか否かについての判断は当該監督当局が行うとした。1939 年 1 月 31 日の国家経済相の布告では、工業経済における支払い・納品条件全般の包括的再検討を国家工業集団(Reichsgruppe Industrie)に義務づけた。「経済広告法」(1933 年 9 月 12 日、RGBl, I, 1933, S.625)では、その「第二実施条例」(1933 年 10 月 27 日、RGBl, I, 1933, S.791)と連携して、広告局に、広告手段と発注条件の規範化を促進する権限を与え、契約当事者は AGB 作成に関わりうるが、その際には広告局により作成された AGB との調和をはかることが要請された。

さて、これらの経済法による民間産業への介入により、いずれにせよ、契約の自由は広範に国家の監督下に置かれることになった。しかし、その本来の目的や意図はどこにあったであろうか。ナチズムのもとにおける市場経済の機能と公益との関連に焦点をおく本稿では、カルテル関連法のような価格の問題に直接に関わる経済法を取り上げてこの点を検討することにしたい。

ところで、もともと、カルテル法では、契約の自由への法による国家介入、従って、私的自治への制限には第一次世界大戦以前に遡る長い歴史があった。1897 年のザクセン木材カルテルに関する判決は、契約の自由がカルテル形成を許容した典型的事例とされるが、この法的立場は、「1909 年 6 月 7 日の不正競争防止法」によって、一般利害(Allgemeininteresse)の観点からみた競争の公正性(Lauterkeit des Wettbewerbs)を保証する立場へと転換する。これにより、競争を目的とする業務取引において良き道徳(die guten Sitten)に反する行為をした者は、不作為(Unterlassung)と損害賠償(Schadenersatz)を要求されうるとされた⁵³。

⁵¹ Höschle, G., *Die deutsche Textilindustrie zwischen 1933 und 1939*, Stuttgart 2004.

⁵² Harth, C., *Der Mythos von der Zerstörung des Vertrages*, S.72f.; Raiser, L., *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg 1935.

⁵³ 村上淳一『ドイツ市民法史』東京大学出版会、1985 年、223 頁以下；フィケンチャー、W., 丹宗昭信監訳『競争と産業の権利保護』六法出版社、1958 年、157 頁以下。

こうした競争制限を防止する競争法は、「権力競争や仮象競争から真の業績競争(den echten Leistungswettbewerb)を法的に守る」ために、ナチス期にも本質的に変化することなく維持されたばかりか、市場への国家の介入権限が、「業績競争」を促進する方向で、様々な管轄当局(国家経済相、国家価格形成委員、四カ年計画管轄局、職業管理行政当局)を通じて、強化・拡大した⁵⁴。権力掌握後、ナチスは、経済過程の、そうした方向での市場制御を試みる法律を次々に発布した。

例えば、「割引き法」(1933年11月25日, RGBI, I, 1933, S.1011ff.)は、日用品やサービスの最終消費者への個別販売における、価格割引き(§1-6)・数量割引き(§7-8)については、同法の定める規準に従って予め告知ないし承認が必要であるとし、違法な割引き販売については、実刑(罰金刑・禁固刑)をもって対処することを規定した。また、「価格拘束に関する、および需要充足高騰化防止に関する条例」(1934年12月11日, RGBI, I, 1934, S.1248f.)は、カルテルによる価格・加工/販売の最低マージン・最高割引率・最低追加料金の設定、それらの消費者に不利な方向への変更に関して(§1)、また生産者や卸商による小売価格の設定に関して(§2)、国家価格監視委員(Reichskommissar für Preisüberwachung)ないしその委託当局の認可が必要であるとし、違反に対しては実刑(禁固刑および上限額のない罰金刑)によって臨むこととした。さらに、価格と競争に対する基本的立場を明らかにした重要法令として「競争条例」(1934年12月21日, RGBI, I, 1934, S.1280)がある。

「競争条例」は、条文を、次のように、「価格」の規定から始めている。「国民の購買力に対応する価格は、商品とサービスの十分な供給のもとで、健全な競争に基づいて、最も確実に信頼できる形で展開する」、と。価格の基礎となる「健全な競争」は、さらに、同条例(§1)の中で、「業績と責任意識に基づいた競争」と表現され、そうした「競争を創出して、国民経済にとって最良の価格を可能な限り保証する」ため、国家価格監視委員に価格監視に関わる権限を委ねている。重要な点(§2)は、「信用の不正利用や義務の不履行」等により「卑劣有害なやり方」で、「原価を補填し得ず、秩序ある経済(einer ordnungsmässigen Wirtschaft)の諸要求に対立するような価格によって商品やサービスを提供するもの」に対しては、実刑(禁固刑および上限額のない罰金刑)によって臨むとしたことである。

以上の経済法が、市場機能の停止と国家の直接的統制を目的とした経済操舵を意図したものでは決してなく、むしろ逆に、当時、物価下落が進行する大恐慌のなかで横行した市場全体の業績を低下させる過度な値下げ競争(価格闘争 Preiskampf)や不適切な割引き競争(闘争割引き Kampf rabatte)⁵⁵、またカルテルなど市場支配的権力による不当に高い価格での販売に対して、価格監視、価格認可、違反に対する実刑処分によって対処しようとしたものであることは明らかであろう。経済操舵は、ここでは、競争的市場における本来の価格機能を回復させ、「秩序ある経済」全体のパフォーマンスを向上させるような「業績競争」の創出を意図している。ドイツ法律アカデミー・カルテル委員会委員長、国务大臣 O.レーニツヒは(Oswald Lehnich)は、「ドイツ経済が、節度のない競争にも硬直状態にも陥ることなく、自由に発展・展開しうるような、健全な市場ルール(eine gesunde Marktregelung)を恒久的に構築するためには、その法的基礎を見出すことが必要である」と述べているが⁵⁶、これらの経済法は、国家価格形成委員レントロップ

⁵⁴ Werner, S., *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*, S.88ff.

⁵⁵ Rentrop, W., *Preisbildung und Preisüberwachung in der gewerblichen Wirtschaft*, Hamburg 1937, S.58(レントロップ『ナチス独逸の新物価政策』商工調査第77号、昭和13年9月、61頁)

⁵⁶ Rentrop, W., *Preisbildung und Preisüberwachung in der gewerblichen Wirtschaft*, S.57(邦訳、60頁)

(Wilhelm Rentrop)が1937年に指摘しているように、こうした意図を担うものであり、それが可能にする価格政策は「健全な業績競争の促進」を目指すものであった。この目標は、1935年5月15日付「公共経済新聞」に次のように的確に表現されている、「国民経済的に最善の価格とは、購買力に最も柔軟に適應するような最善の業績をめぐる競争の中で展開する。…それ故に、必要なことは、常に格闘(Ringen)のなかでつまり競争(Wettbewerb)のなかで形成されうるような業績に対して自由な軌道を与えること、しかも、この競争が公正な条件のもとで発展するように配慮すること——これである」⁵⁷、と。

ところで、この「健全な業績競争」の前提、「公正な条件」として重視されたのが、「正しい価格計算と経営会計」(richtiges Kalkulieren und Rechnen)である⁵⁸。この問題意識は、まず、「経済における自立的費用計算の促進条例」(1934年11月15日、RGBl, I, 1934, S.1186)のなかに明白に表れている。同条例は、自立的で、責任意識のある費用計算を促進することを目的に、カルテル等の団体が、その構成員に費用・価格の規定数値を伝達して販売価格を拘束することを禁じ、違反には実刑(禁固・上限額の無い罰金)で対処することとした。この規定および「原価を補填し得ず、秩序ある経済(einer ordnungsmässigen Wirtschaft)の諸要求に対立するような価格」との先の「競争条例」の規定とによって、「価格は諸企業家の間で〔拘束から〕自由なものとする、しかし、個々の企業の原価に拘束されること」が示されているのである⁵⁹。

さらに、進んで、「1936年11月12日の国家経済相布告」は、商工経済組織の諸集団・会議所に対して統一的な簿記規準・価格計算の規準を設定するよう義務づけた⁶⁰。それによって各経営費用を正確に把握させ、「他の経営費用との比較」や「当該経済部門の平均費用との比較」を可能にすることで、「ドイツ企業の経済性を、コスト・価格の引き下げの方向で、また不必要な価格騰貴の防止の方向で促進」することが、同布告の目的であった。こうした経営合理化政策が、1936年の10月18日の「4カ年計画施行条例」によって始まった軍需経済構築を促進するための手段であったことはいままでもない。むしろ、注目すべき点は、この国家目標の追求が、第一次世界大戦時における経済の組織化のように官僚機構による経済の直接的管理とだけでなく、官僚機構を用いた機能的な競争経済の構築とも結びつけられ、そのメリット(企業家の自発性、競争を通じた淘汰による業績向上、直接的操舵に比べたシステム全体の安い管理コスト等)を利用する方向でも進んだということである⁶¹。30年代前半に発布された最も重要なナチス経済法の一つである「強制カルテル設立法」(1933年7月15日、RGBl, I, 1933, S.488f.)は、この視点から見たときに、この経済法の本質が明らかになるように思われる。

3. 強制カルテル設立法

⁵⁷ Eckhardt, H., *Das Kalkulationskartell. Ein Beitrag industriellen Markt- und Preisordnung*, Rathenow 1938, S.40.

⁵⁸ Flottmann, E.(Hg.), *Deutsche Preisrecht. Eine systematische Darstellung der Grundlage der Preispolitik und des Preisrechts. Unter Mitwirkung von Mitarbeitern des Reichskommissars für die Preisbildung*, Stuttgart 1943, S.188ff.

⁵⁹ Eckhardt, H., *Das Kalkulationskartell*, S.43.

⁶⁰ Rentrop, W., *Preisbildung und Preisüberwachung in der gewerblichen Wirtschaft*, S.63(邦訳、67頁)

⁶¹ 競争経済の方法と戦時課題の遂行との関連については、オールド自由主義エコノミスト、A.ランペ(Adolf Lampe)の次の文献を参照、Lampe, A., *Allgemeine Wehrwirtschaftslehre*, Jena 1938.関連して、雨宮『競争秩序のポリティクス』264頁、注26。こうした視点と関連して、柳澤治『資本主義史の連続と断絶—西欧的發展とドイツ』日本経済評論社、2006年、115頁、をも参照。

さて、この法律は、その名前から受ける印象とは相違して、カルテルの設立と解体の両方の権限を国家に与えている。すなわち、同法令§1(1)では、国家経済相に、企業・経済全体・公益(Gemeinwohl)の観点から必要と思われた場合、企業をして、カルテル等を設立させたり加入させたりする権限を与える一方で、§1(2)では、1923年の「経済権力の乱用に対する条例」(1923年11月2日、RGBl, I, 1923, S.1067ff.)をここでのカルテル等に適用するとし、それら企業団体が経済全体や公益を阻害する場合には、国家経済相が、カルテル契約等を無効とする、カルテル裁判所への申請手続きに入ることを可能としている(「経済権力の乱用に対する条例」§4、§7)。なお、この無効宣告は、「カルテル条例の変更にに関する法」(1933年7月15日、RGBl, I, 1933, S.487)によって、カルテル裁判所を介することなく国家経済相が直接に行いうるようになった(§1, 4)。

それでは、カルテルの設立と解体の権限を国家に与えたこの法律はいかなる政策意図を有しており、どのような政策効果が期待されていたのだろうか。

まず、これまでの一般的解釈を確認しておきたい。カルテルは、法的な観点からは、市場経済秩序の阻害要因であった。ナチスの目的にとっては、第一次世界大戦におけるカルテルによる経済組織化の経験が教えるように、かえって、そのことがメリットになった。すなわち、ナチスには、カルテルのような大きな経済単位のほうが、合理的に機能し管理が容易で国家構造に統合させやすいため、戦争準備によりうまく適合しうるとの認識があり、この法律は、強制的にそうした大きな経済単位を形成する手段であったと考えられている。強制的にカルテルを設立し、アウトサイダーをカルテルに加入させ、経営の新設・拡大を禁止するという経済相に賦与された権限によって、産業全体の衰退を招く過当競争を防止し、個々の経済部門を国家計画に適合させることが可能となった。これらの組織された経済部門では、競争が消滅し、価格形成は行政的手法で行われた。この法律によって発生したのは、カルテルに組織された生産部門で大きな生産・販売割り当てを有する大企業に優位な集権化の構造である⁶²。

確かに、1936年10月の4カ年計画開始以後は、いわゆる経済体制に関する法的な「例外状態」⁶³へと入っていく中で、「公法と私法の区別を断念しようとはしなかったし出来なかった」ナチス国家においても「公法の突出と私法の一定の空洞化」が進み⁶⁴、ここに描かれた方向に向かったであろう。しかし、これまでの検討から明らかになった「業績競争」による「秩序ある経済」の構築という経済法の理念から見たときに、発令時点における「強制カルテル設立法」の理解が一面的、或いは後知恵的であることは否めないであろう。第一次世界大戦の経験を踏まえた(戦争準備を目的とした)統制経済構築の手段としてのカルテル利用と、その過程で進行した産業組織における大企業優位の構造という説明では尽くされない「強制カルテル法」の、経済政策としての意義は何であろうか。

同法に関する「行政当局の論拠 *amtliche Begründung*」は、まずこの法律の経済的背景として、「ドイツ経済を襲った厳しい恐慌」のなかで「激化した競争とそれによる非経済的な価格形成は、国民経済的に価値ある企業を消滅の危機に追い込んでいる」こと、「この損害を真っ先に被るのはそうした企業の就業者で

⁶² Werner, S., *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*, S.81ff.; ノイマン、F., 岡本友孝・小野英祐・加藤栄一訳『ビヒモス—ナチズムの構造と実際』みすず書房、1963年、235頁以下(Neumann, F., *Behemoth*, S.318ff.)。

⁶³ Böhm, F., *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart und Berlin 1937, S.88; 雨宮『競争秩序のポリティクス』170,193頁。

⁶⁴ Nipperdey, H.C., *Das System des bürgerlichen Rechts*, S.429.

ある」ことを確認し、「国家には、公益優先(Voranstellung des Gemeinwohls)の観点から秩序化の方向で(ordnend)介入する可能性が、与えられねばならない」と述べている⁶⁵。これらの文言が示すのは、先に概観した価格政策に関する経済法と同じ趣旨が、強制カルテル設立法においても真っ先に強調されているということである。さらに「論拠」は、「個々の企業家のイニシアティブと責任感に基づく既存の経済秩序を根本的に変革して国家的計画経済の基礎を用意することが、本法発布の目的では決してない。本法の可能性については、非常に慎重に、また、民間経済が、自助による自己の決意で、現存する苦境からの脱出路を見いだせないときにのみ、用いられるべきである」とし、こうした視点から、「強制カルテルの設立に先だって、自発的な企業結合のあらゆる可能性が・・・尽くされるべきである」としている。同法の効果は、その実際の適用によりも、むしろ、その法の存在が、企業家に対して自発的な結合を促す圧力を生み出した点にあるとの指摘もあるが⁶⁶、このことは以上の「論拠」の趣旨と整合的である。1934年7月13日の国家経済相の基本方針も、ナチス経済政策の課題は現存する経済組織の変更にあるのではないとして一般的介入を忌避した⁶⁷。法的に発生した産業組織への介入可能性が利用されるのは、国民共同体の目標に反するケースに対してである。この目標は、産業の組織における市場秩序(Marktordnung)ないし市場ルール(Marktregelung)の確立におかれた。

市場ルールは、過当競争による「投げ売り価格」(Preisschleuderei)も、独占による「許容できない価格のつり上げ」(unzulässige Preistreiberei)も回避して、「業績競争」による「公正な価格」(gerechte Preis)を実現するような市場環境である。こうした環境は、「最大限の利益の追求」という「もっぱら個別経営的な視点」に期待することはできない。そこで「ナチス国家では、むしろ、経済は何よりも国民総体の需要充足に指向するとの社会的契機が優勢になった」のである。「公正な価格」や「業績競争」は、こうして、「国民総体の需要充足」の実現と関連づけられた。完全競争が需給調整を自然的に行うことによって同じ目標を結果的に実現したとしたならば、ここではそれが、人為的な業績競争を通じて意識的に追求されているのである。ところで、この需要充足は生産促進・雇用増大を通じて実現されるが、この経済過程は、「公正な価格」を追求する)価格政策とどのように関わるのであろうか。この点におけるナチスの経済政策の基本的方針は、「数量景気(Mengenkonjunktur)の方法を通じて景気拡大を可能な限り促進する」ことであつた⁶⁸。数量景気の論理は当時ほぼ次のように説明されている⁶⁹。

経済活性化の遂行は物価変動に決定的に影響されうる。物価が高騰すれば、雇用創出政策の効果は、公的需要の充足という点でも、労働所得の需要への転換という点でも、悪化せざるをえない。物価が需要と同じテンポと規模で上昇するならば、販売と生産の増進という経済活性化の目標は、名目賃金の上昇を禁じていても、不可能になってしまう。それに反して、物価水準の引き下げは、雇用創出手段の効果を向上させる。こうした「国家により始動された数量景気の方法」で経済活性化をはかる方針は、ナチス政権成

⁶⁵ Müllensiefen, H., W. Dörinkel, *Das neue Kartell-, Zwangskartell- und Preisüberwachungsrecht*, Berlin 1934, S.85.

⁶⁶ Puppo, R., *Die wirtschaftliche Gesetzgebung im Dritten Reich*, S.81.

⁶⁷ Becker, T., *Die Kartellpolitik der Reichsregierung*, Berlin-Grunewald 1935, S.17.

⁶⁸ Ibid., S.23.

⁶⁹ Dickelt, D., *Preisüberwachung 1931-1936*, Berlin 1937, S.14, 16. 恐慌からのナチズムによる景気回復が、物価騰貴を随伴しない形で進行した点については、アメリカの景気回復過程との違いを指摘した Röpke, W., Trend in Business Cycle Policy, in: *The Economic Journal*, Vol.43, Issue 171, 1933; 秋元英一「1930年代アメリカ経済の再検討—比較史の視点から(1)」『千葉大学経済研究』第8巻第1号、1993年、を参照。

立後早くも 1933 年 5 月 16 日付けの国家監視委員・国家経済委員の共同声明において表現されている。同声明は、価格設定における最大限の自己規律のために「価格景気(Preiskonjunktur)ではなく数量景気」をスローガンに次のように述べた、「生活必需品や日常的サービスの分野で経済状態を改善する方法は、価格景気ではなく、数量景気によって開始しう。数量景気のみが、失業者に雇用機会を提供し、国民共同体の購買力を漸次的に向上させる前提と可能性を創出する」、と。ナチス経済政策の枢軸をなす(「公正価格」を追求する)価格政策は、こうしたインフレーションを随伴しない数量景気を目指した景気政策とセットになっていた。ナチス 30 年代のカルテル政策を評価するうえで看過されてはならないのは、この視点である。強制カルテルも、過当競争(投げ売り価格)や独占(カルテル価格)を回避し業績競争を通じて数量景気を実現するという市場秩序・価格ルールを確立する過程で取られた、当面する市場の機能障害への対策であり、その意味で、ひとまずは、「単なる応急処置、過渡的措置」であった⁷⁰。

強制カルテル法に基づく経済相の権限はこうした視点から発動される⁷¹。すなわち、①過当競争による「投げ売り価格」(Preisschleuderei)の問題の中心であるアウトサイダーの規制に関しては、介入すべきケースは勿論のこと、そうでないケースもあった。後者の場合として、例えば、優れた技術を有する企業家は、自己のコスト政策上の優位からカルテル圏外に在ることを選択する傾向がある。業績競争を志向するアウトサイダーの存在は、カルテルによる価格の過剰なつり上げに対抗する最上の調整器であるので、こうした民間の競争を国家が弱めることはないと言われた。②カルテルによる「不当な価格のつり上げ」は雇用創出策の受益者の範囲を限定し数量景気の進行を阻害するため、国家経済省による介入が行われ、当該団体に対して騰貴した価格の引き下げが要請されたり、カルテル契約に無効宣告が下された。③過剰投資は労働投入・価格・企業の収益性に弊害をもたらすが、恐慌と景気低迷の過程でなおも生産設備等の必要な調整が終了していない状況の中では、この問題はいっそう深刻になる。そのため経営拡大・新設を国家管理のもとにおき、不要な場合には禁止措置をとった。

以上概観したように、「国家は、強制カルテル化の権限を、非常に賢明に、すなわち、何よりも健全な市場状態の再生に役立つ権力装置として用いた」⁷²。本来、独占的な市場支配の装置であり、恣意的な市場規則の造形物であったカルテルは、強制カルテル法によって、公益的市場秩序を形成する過渡的手段へと変貌した。この経済法を超えて、30 年代前半の価格政策を担った中心的行政機関、国家価格監視委員の条例にまで視野を拡げるならば、既存のカルテルを計算カルテル(Kalkulationskartell)に、すなわち、原価計算に基づく個々の経営の価格設定によってカルテル内部で業績競争が展開する競争秩序のアーリーナに転換させようとした試みも、ナチス体制下におけるカルテルの機能変化を遂行した経済法の事例として挙げるができる⁷³。

これら 30 年代前半のナチス期に発布された経済法が示しているのは、経済活動における私的所有に基づく個人の自由なイニシアティヴの否定ではない。逆に、そうした理念の独自の再評価であると言ってよい。

⁷⁰ Becker, T., *Die Kartellpolitik der Reichsregierung*, S.36.

⁷¹ Ibid., S.35ff.

⁷² Ibid., S.36.

⁷³ Eckhardt, H., *Das Kalkulationskartell*, S.44ff.; Becker, T., *Die Kartellpolitik der Reichsregierung*, S.34. 強制カルテル法と価格政策の組み合わせによって可能な競争政策についての考察は、当時のオールド自由主義エコノミストの主要な研究テーマの一つであった。雨宮『競争秩序のポリティクス』167 頁以下(ベーム Böhm に関して)、234 頁以下(ミクシュ Miksch に関して)。

それと同時に、これらの経済法は、この理念を国民経済へと総括する論理として、19世紀的な経済的自由主義(自由放任思想、私的自治に貫かれた市民社会)がもはや失効していることの確認のうえに作成されている。これらの点について、1935年に法学者 A. マニク(Alfred Manigk)は、再構築の過程にある「私的自治」に関する書物の中で、次のように述べている⁷⁴。

「国家の『全体性』という言葉は時として、新しい国家思想の適切な表現とは見なされない。我々は、この表現を、あたかも、全体国家が、国家の中で起こった全ての出来事を、その管理によって掌握しようとするというような意味で用いてはおらず、むしろ、全体国家とは、国家に関連づけられ国家の中に再認識されないようなポジションが自分の領域の中にあることを許さないという意味で使っている。その限りで、私的領域は維持されているのである。」「国家の指導者や代表者が、経済・商業・文化における国民的福祉の促進のために、重要な機会をとらえて繰り返し訴えていることは、企業家や創造的人間の自由なイニシアティブと冒険心であった。その際、彼らは、私有財産維持の法的命題と並んで私的経済維持の法的命題を立てているのである。あまりにも容易に官僚制的に変色した国家介入よりも自己責任ある企業者活動が優先されるという意味での経済の自由に対しては、国民的福祉が設ける限界まで、その有効性が主張されている。」マニクはこうに述べて、その法的根拠の一例として、1934年11月15日に発布された、国家価格監視委員に関連する経済法「経済における自立的費用計算の促進条例」を挙げている。これは先に見たように、個々の企業家が自己責任において価格形成を行うことを定めていた。こうして問題の焦点となるのは、私有財産制に基づく個人の自由な経済活動を、「全体」国家の中に位置づける方法、より端的に言うならば、法を媒介にした関連のさせ方であった。

III ナチス期における法改革の論理

1. 「新しい自由主義」の制度化

経済と法の「総合」(Synthese)をうち立てることは民間経済への国家介入の必要性が高まった戦間期には一貫して重要な課題であったと言ってもいいが、特に、前節で述べたように私有財産制と経済活動における個人の自由なイニシアティブを再確認し、それを「公益」へと意識的・方法的に統合することを強調したナチス「全体」国家のもとでは、それまで以上に重要な課題となった。この「総合」を実際に構築する上で、前節で見たように、「公益」の視点から「私益」の活性化と統合をはかった「経済法」は主導的な役割を果たした。これについて先のマニクは次のように述べている、「国民経済の観点を示す経済原則こそが、経済法を決定的に規定しなければならないであろう。すでに明らかなように、ドイツ社会主義は、自由主義的な無計画性を拒絶しつつも、集権的な国家計画経済を全く目指してはいない。その『全体性』のなかで私的経済は全く排除されてはいないのである。借入資本の可能な最高の収益性ではなく、ドイツ国民の需要充足がドイツ国民経済の目標であるとの原則に導かれつつ、個人の業績競争を絶対に放棄することなく、これを、新しい、隅々まで明瞭な秩序原則のもとに置くことである」⁷⁵、と。

民法改革の議論や経済法の個々の内容からも理解されるように、ナチス期における法改革の基本的視点は、経済法を国民経済の秩序原則の立場から規定し、経済と法の「総合」をはかる方向へと収斂してい

⁷⁴ Manigk, A., *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, Berlin 1935, S.8f.

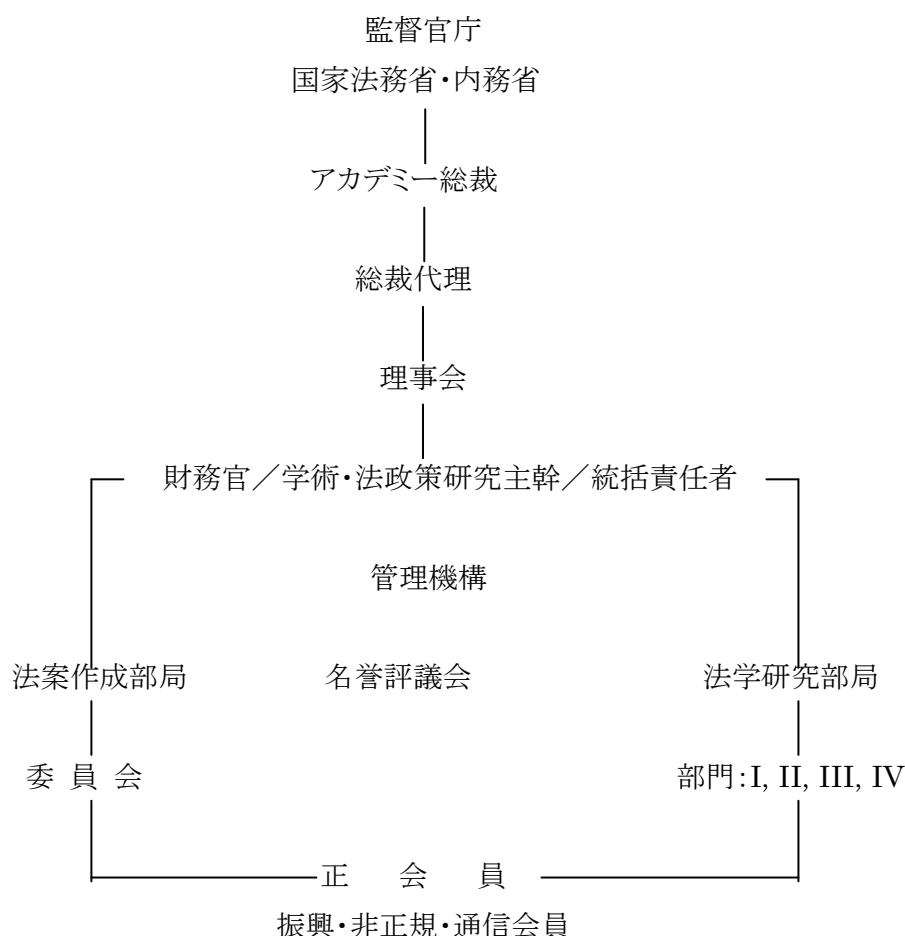
⁷⁵ Ibid., S.9f.

ったといつてよい。こうした基本的流れの中で、実際の法改革の提案と思想的な構想提示の両面において、最も重要な法思想・経済思想の体系へと成長していったのがオールド自由主義であった。このドイツ新自由主義の経済学者・法学者のグループは、1940 年代初頭、ナチス法改革の知的拠点となった国家直属の公法機関「ドイツ法律アカデミー」のなかに、「第4部門：国民経済の研究」としてオフィシャルな活動の場を有するまでの勢力へと成長した(図1参照)⁷⁶。彼らは、さらに、第二次世界大戦後は、米・英・仏西側占領地区の統合により発足したドイツ連邦共和国(西ドイツ)において、その成立の契機となる通貨改革の過程で、また、1948 年以後も「学識者諮問委員会」メンバーとして制度化された政策提言の場で活躍することになる⁷⁷。大恐慌以後必至となった経済的自由主義の再定義と、それに対応した私法・経済法改革との取り組みは、「自由」経済を選択する限り、避けて通ることのできない課題であったとするならば、オールド自由主義が制度化されていく過程はこの課題の連続性・普遍性を象徴しているのである。しかし、この過程が示唆するのはそれだけではない。近代以後に「自由」経済を再構築するという学問的で実践的な課題は、政治的には全体主義も民主主義も排除しないばかりか、ある歴史的条件のなかではむしろ前者と論理的、従ってまた積極的に結びつきうるということである。以下では、本稿の一つの総括として、ナチス期における私法改革・経済法改革というアクチュアルな文脈と密接に関わりつつオールド自由主義が「経済と法」の総合に向けていかなる視点を打ち出したかについて、概観することにした。

⁷⁶ 新自由主義の拠点となったドイツ法律アカデミー第4部門は、法学をコアとするこの組織のなかに設けられた、唯一の経済学中心の部局である。アカデミーは国家法務相と内務相の管轄下に置かれ、アカデミー総裁はドイツ国首相により任命された(「1934 年 7 月 11 日のドイツ法律アカデミー法」、§3, 4(RGBl, I, 1934, S.605))。Pichinot, H.-R., *Die Akademie für deutsches Recht. Aufbau und Entwicklung einer öffentlichen-rechtlichen Körperschaft des Dritten Reichs*, Diss., Kiel 1981, S.154. 組織構成の変化(1934, 35, 43 年の各時点)は、Anderson D. L., *The Academy for German Law, 1933-1944*, Diss. 1987, p.601ff.

⁷⁷ Schneider, *Von der nationalsozialistischen Kriegswirtschaftsordnung zur sozialistischen Zentralplanung in der SBZ/DDR*, S. 11.

図 1 ドイツ法律アカデミーの組織(1940 年時点)



注:ドイツ法律アカデミー「管理規則」§8によれば、法学研究部局の各部門には次のような仕事が割り当てられている。

部門 I: 法制史と法学の基礎問題

部門 II: 国民と国家の法律研究

部門 III: 国民共同体の法的生活の研究

部門 IV: 国民経済学の研究

資料: Anderson, D.L., *The Academy for German Law, 1933-1944*, Diss. New York, 1967, p. 600.

2. 近代自由主義経済法のオルド自由主義的超克

さて、大恐慌期に「新自由主義のマニフェスト」によってその立場を明らかにしたオルド自由主義のグループは、ナチス期に入ると、叢書「経済の秩序」を主要舞台に、自由経済の新たな根拠づけとその制度・政策構想を展開することになる⁷⁸。この叢書の、W.オイケン(Walter Eucken)、F.ベーム(Franz Böhm)と並ぶ編者の一人、法学者ハンス・グロスマン=デルト(Hans Großmann-Doerth)は、1933 年のフライブルク大学就任講義において、「一般的業務条件 AGB」を「自生的な形で成立した経済法」(*Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft*)と名付け、これを国家の強力なコントロール下に置くべきことを主張し、その実現に関して、「新しい国家」に全面的な期待を表明した⁷⁹。ここでは、この期待の内容に

⁷⁸ 雨宮『競争秩序のポリティクス』143 頁以下を参照。

⁷⁹ Großmann-Doerth, H., *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht*.

関する彼の主張の要点のみを確認しておきたい。

グロスマン＝デルトは、「この国家の成立以降、それなしでは自分の提案も無益な独り言になってしまい、その提案が不可能になってしまうような二つの条件が創り出された」として、次の点をあげた。第一に、変革後の国家はその意志を貫徹する権力を再びもち、経済に対して自由になった。経済が国家の意志を妨害する可能性が今ほど小さかったことはかつてなかった。自立的な法形成にとり非常に重要な団体は今日例外なく国家の手中にある」、と。ここでは、ワイマール期までの「経済国家」を克服して「国家の優位」を実現することへの、バームやオイケンと同様な強い期待が表明されているのである⁸⁰。第二に、この国家を実現した指導者達は、ドイツ国民に正しい生活秩序を与えようとの意志に満ちており、そのためには「自生的な形で成立した経済法」の「肅清」(Säuberung)を緊急に必要としていることを自覚しているということである。この仕事のためにこそ国家は法律家を必要としたのであると彼は述べている。この法律家のなかには、裁判官、弁護士、経済界の法律顧問の他、彼のような大学教師も含まれている。

ところで、ここに一端が示されたグロスマン＝デルトの法改革論は、翌 34 年に公にされた論考の中で、AGB を超えてより広範な経済法を射程に入れ、いっそう根本的に展開された⁸¹。

ナチス法改革に関して、グロスマン＝デルトは、新体制発足後、1934 年の時点で、新しい法思想の実現した法改革として、人種法、法原則としての指導者原理、世襲農場法、自由な市場経済からの農民の分離を挙げた。これに対して、彼は、既存の法の再吟味と従来の法秩序との批判的取り組みという「第二の課題」が残っていることを指摘している。それは、自由主義時代に生成し 19 世紀末に成立した、経済生活に関する法律——それをここでは「自由主義的経済法」と命名している——を改革するという課題である。

自由主義的経済法は、自由市場経済システムに対応し、その秩序化の原理(das ordnende Prinzip)は、企業家の競争と、国家のあらゆる計画経済の断念である。個人のイニシアティブを可能な限り十全に展開するために企業家は過去の束縛から解放される。このシステムでは、企業家の側からみれば、自分の利益追求を行動指針にすればよく、全体の利害から見れば、解放された個人の利益追求は、他の企業家との競争を通じて、また消費者の行動を通じて制御され、全体利害にとって可能な最善の結果を生み出す。古典経済学によるこうした思想に対応したのが 19 世紀の法秩序であった。そこから、国家の経済操舵的介入からの全面撤退、および経済秩序化の、企業家イニシアティブへの一任が発生する。この企業家イニシアティブの完全な展開を可能にするために、法律は、企業家に対して次のような自由を与えた。すなわち、営業の自由、契約の自由、組織結成の自由である。グロスマン＝デルトは、自由主義的経済法が保証するこれらの自由——具体的には、(a)個人のイニシアティブの自由、(b)契約の自由、(c)仲裁裁判の自由、(d)組織結成の自由——を俎上にのせ、次のような問題をたてた。①これらの自由は、いかなる目的といかなる条件のもとで、企業家に付与されたのか。②ドイツの建国から 60 年間の企業家による、それら自由の行使の仕方は、上記目的にかなうものであったか。③この問いに対し全面的に否定的な回答が与えられる場合、そこからいかなる法改革の課題が導出されるのか。

(a)個人的利益追求の自由の前提は、権力をもたない同等の企業家の競争、すなわちより安くてより良い

Antrittsvorlesung, Freiburg im Breisgau 1933, S.27..

⁸⁰「経済国家」の克服に関する新自由主義者の見解については、雨宮『競争秩序のポリティクス』105, 125 頁以下。

⁸¹ Großmann-Doerth, H., Sinnlos gewordenes liberales Wirtschaftsrecht—eine Aufgabe nationalsozialistischer Rechtserneuerung, in: *Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift*, Jg.1934.

ものを作るという真の業績競争の展開であるが、巨大独占企業、カルテルといった経済権力の形成によって、経済過程は、純粋な業績能力のみを投入して競われる匿名の過程ではなくなった。(b)契約の自由は、自由主義的経済法的前提である自由競争とは対立する経済権力の成立によってカルテル協定を生み出した。しかし、契約の自由は、本来、自由競争を前提として成立する全体秩序のなかでのみ承認されるべきものであるから、自由主義的法律の立場からは不法行為とされるが、こうした契約の自由の不当な利用は AGB を通じてさらに拡大してきた。ここに成立するのは、対等な二人の企業家の契約関係ではなく、私的な権力的恣意の命令でしかない。(c)こうした状況の中で、民事訴訟法における仲裁裁判が前提とする、仲裁裁判取り決めの締結にあたって力が同等で双方が決定の自由をもった個人間の対峙という条件は損なわれ、例えば、AGB における仲裁条項の内容が私的経済権力の圧力によって規定されるという事態が発生している。(d)法人格をもった組織結成の自由、とくに株式会社の設立は、1870 年代に、国家による認可強制(Konzessionszwang 免許主義)からの解放と一定の法的条件の充足(準則主義)への転換によって、容易になったが、その目的は、社会に散在する小資金を吸収して大企業に役立てるためであった。しかし、この株式会社設立の自由は、カルテルによる販売会社の設立、公企業の組織形態の——役員俸給を公務員基準から民間基準に変えて通常の公務員よりも優遇することなどを目的にした——転換、責任の制限化、様々な転嫁(税金逃れから犯罪行為まで)、企業からの利己的搾取など、他のゆゆしき目的のために利用されている。

こうした診断に基づいて、グロスマン＝デルトは、「自由主義経済法がその本来の意義を奪い取られている状態に鑑みて、国家に対していかなる助言が可能か」を問うている。

ナチス体制の成立を「革命」(Revolution)と命名する彼は、革命の前後において、経済法改革の点でいかなる成果があったかを点検し、カルテル等の経済権力に対する必要な国家監視の強化、民事訴訟法の改革と仲裁裁判所権限の国家による制限、企業決算表開示義務に関する進歩(すでに 1931 年の緊急条例から)を評価するとともに、AGB における契約の自由の国家による制御、株式会社法の改革(企業責任の強化を目的とした有限会社の廃止、準則主義の見直し、株式の相互持合の問題との取り組みなど)を提言している。前節で見たように、ナチス経済法は、AGB 及び価格やカルテルに関連した諸法令について見る限り、まさにここに描かれた方向で制定されたことは注目に値しよう。その他の点ではどうであろうか。

国務大臣・官房長官ランマーズと国家・プロイセン内務省事務次官プフントナーを編者に刊行された叢書「ナチス国家の基礎、構成、経済秩序」への 1938 年と推定される寄稿「経済法」において、グロスマン＝デルトは、経済闘争の秩序において、契約の自由には、引き受けた負債に対する厳格な責任の原則が対置され、債権関係に関する私法上の規則や民事訴訟法や破産法などはこの原則に従う、と述べている⁸²。この原則に基づいて、「資本会社」(社員のリスクを制限し、それを債権者に部分的に転嫁する)から、「個人会社」(社員をその全財産をもって会社の負債の保証にあたるよう義務づける)への転換が、1934 年 7 月 5 日の「資本会社の転換法」と 1936 年 8 月 27 日の「法人税法の改正法」によって促進された。(重役会や監査役会など)企業指導者の責任の法的保証・企業決算の公開義務・不偏不党の監査強制・資本市場への企業情報の十分な伝達をナチス政府は促した(とりわけ、1937 年に発布された「株式会社法」 正確には「1937 年 2 月 4 日の株式会社及び株式に基づく合資会社法」RGGI, I, 1937, S.107ff.)。なお、こ

⁸² Großmann-Doerth, H., *Wirtschaftsrecht einschl. Gewerberecht*. 2.Bd., Gruppe 2, (Heft 38) von : Lammers, H.-H. und H. Pfundtner (Hg.), *Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates*, Berlin 1938, S.4.

の株式会社法によって、株式会社設立に可能な基礎資本の額面価値の最小限は、それまでの50,000RMから10倍の500,000RMへと劇的に引き上げられ、免許主義(Konzessionszwang)が再導入された⁸³。また、資本金100,000RM未満の小規模株式会社は、1940年末までに、有限会社か個人会社に転換するか解散しなければならなくなった。株式会社改革もその大筋において1934年にグロスマン＝デルトが示した方向で進んだのである。

1933年5月にナチス体制への強い期待を表明したグロスマン＝デルトは、叢書「ナチス国家の基礎、構成、経済秩序」への寄稿「経済法」のなかで、ナチズムの経済構成における決定的な原理の一つとして競争思想を強調した、1934年5月17日のドイツ労働戦線第二回作業部会での総統演説に言及しつつ、経済法を通じて創出される競争の意義を次のように説明している。「国家によって演出された競争によって、可能な限り最善の全体供給という目標が達成されるためには、人為的に創り出された経済競争のなかに純粋な業績能力が投入されることが必要である」。それは「諸力の完全な自由運動によって保証されるものではなく、個々のエゴイズムは、この競争政策の遮断機によって除去されることが望ましい。権威による競争秩序の設定を通じて、企業家に対しては、〔競争秩序に従う以外の〕他の経済競争の方法が遮断されることが必要である」、と⁸⁴。こうして、「国家に課された最も困難な課題としての競争秩序」こそが、経済における私益と公益の対立を克服・止揚させ、前者を後者へと導くのである。

ところで、この競争秩序と、ナチス経済のいわゆる「職業身分的」な団体構成との関係はいかに理解すべきであろうか。「経済法」論文の最後の節（「第5節 経済法の部局と組織」）で、グロスマン＝デルトは、この点について極めて明快な説明を与えている⁸⁵。

それによれば、ナチス政権成立前に存在した工業経済の諸組織（工業・商業・手工業会議所など公法的職業代表組織、雇用主団体や労働組合など民間の利益団体）に関しては、「大変革」(Umbruch)以後、団体の「強制的画一化」(Gleichschaltung)——それは1933年4月には完了したと考えられる——が実施され、「指導者原則」が導入された。当初多様な見解が交錯したナチスの職業身分的構成という新しい経済秩序に、企業家は、いわゆる経済の全面的な強制的カルテル化、競争の排除、個々の企業の存在保証を期待したが、そうした見方の一切を、総統は、身分的構成のいっそうの見合わせに関する1933年6月7日の指令によって終わらせた。1934年2月27日の「ドイツ経済の有機的構成準備法」、その実施条例（同年11月と翌年9月）によって、団体管轄官庁の確定（経済省と交通省）、団体数のかなりの減少、責任会員制、会員総会の権限の大幅限定と指導者・諮問委員会制度の導入がはかられた。

ここに明らかなことは、「職業身分」のイデオロギー的外皮のもとで行われた、ナチズムによる経済団体再編の意図は、管轄官庁と一体となって経済法の実施を担いような効率的な民間組織を創出することにあったという点である。グロスマン＝デルトが1933年に述べたように、「自立的な法形成にとって非常に重要な団体は、例外なく、国家の手中に入った」⁸⁶。それによって、オイケンらオルド自由主義者が批判し

⁸³ Bähr, J., Unternehmens- und Kapitalmarktrecht im >Dritten Reich<: Die Aktienrechtsreform und das Anleihestockgesetz, S.78; Ders., „Corporate Governance“ im Dritten Reich, in: Abelshauser, W., J.-O.Hesse, W.Plumpe(Hg.), *Wirtschaftsordnung, Staat und Unternehmen. Neue Forschungen zur Wirtschaftsgeschichte des Nationalsozialismus*, Essen 2003, S.56.

⁸⁴ Großmann-Doerth, H., *Wirtschaftsrecht einschl. Gewerberecht*, S.5.

⁸⁵ Ibid., S.43ff.

⁸⁶ Großmann-Doerth, H., *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht*, S.27.

てきた「経済国家」が克服されたのである。

「経済国家」から「全体」国家へ、(利益団体の)「獲物としての国家」から「強い国家」への転換という大恐慌期における新自由主義の基本的要請は、ここに現実からの解答を与えられた⁸⁷。それが、オールド自由主義にとって、決して模範解答ではなかったとしても、まったく受容不可能な「誤答」でもなかったことは、以上に見た法改革をめぐるグロスマン＝デルトの議論や、「経済の秩序」叢書の中で表明された「新しい国家」の経済法や制度に対するベームの強い期待⁸⁸、そしてナチス諮問機関への彼らの積極的関与が示している通りである。

おわりに——公序としての経済的自由主義か？

自由市場経済の経済秩序としての「競争秩序」は、ここに「経済と法の総合」をはかるための基本的原理として提示されたとみることができるように思われる。自由主義的経済法の機能不全や逆機能を告発したグロスマン＝デルトの議論が示すように、この概念は、19世紀的・近代的資本主義経済を前提に成立した経済的自由主義を、近代以後の資本主義経済に対応した新しい自由主義へと再構築するさいに、そのコアとしての位置を獲得する。叢書「経済の秩序」の一冊として刊行された『課題としての競争』のなかで L.ミクシュ(Leonhard Miksch)が展開した競争政策論もこのコンセプトの上に築かれたが⁸⁹、同叢書の中で、「自由な市場経済の法」(das Recht der freien Verkehrsordnung)を端的に「競争秩序」(Wettbewerbsordnung)として定式化したのは F.ベームであった⁹⁰。

彼はこの「競争秩序」を、ワイマール共和国末期から続く彼の一連の作業を通じて、まさに公法の位置にまで昇格させる⁹¹。とりわけ、1936年、『イェーナ経済研究所報』(*Mitteilungen des Janaer Instituts für Wirtschaftsrecht*)にベームが寄せた論考「経済法を中心概念としての経済秩序」は、そうした問題関心を極めて明瞭に示している点で注目に値しよう⁹²。なお、この「経済法研究所」は、30年代半ばにベルリン大学に移籍して私法改革である国民法制定を指導することになる J.W.ヘーデマンを所長に 1919年、イェーナ大学に設立された。法学を中心とした研究機関としてはこの時期に唯一の研究所である⁹³。

その論考の中で、ベームは、自由経済を法制度による人為的秩序として捉え、そうした自由経済の法制度は、「明らかに公法に属する」として「憲法」(Verfassung)の名称を与えると同時に、「政治システム」に属するものとした。「経済が公法を作り出す」とのフーコーの見解が出てくる所以であろう⁹⁴。こうした「公法の

⁸⁷ 雨宮『競争秩序のポリティクス』105頁以下、113頁以下、144頁以下、174頁以下。

⁸⁸ Böhm, F., *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, S.90f., 180; 雨宮『競争秩序のポリティクス』168頁以下。

⁸⁹ Miksch, L., *Wettbewerb als Aufgabe. Die Grundsätze einer Wettbewerbsordnung*, Stuttgart und Berlin 1937. 雨宮『競争秩序のポリティクス』195頁以下。

⁹⁰ Böhm, F., *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, S.104.

⁹¹ 村上淳一『ドイツ市民法史』314頁以下、226頁以下。

⁹² Böhm, F., *Die Wirtschaftsordnung als Zentralbegriff des Wirtschaftsrechts*, in: *Mitteilungen des Janaer Instituts für Wirtschaftsrecht*, Heft 31, 1936.

⁹³ Wegerich, C., *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit. Justus Wilhelm Hedemann(1878-1963)*, S.27.

⁹⁴ フーコー、M., 慎改康之訳『生政治の誕生—コレージュ・ド・フランス講義 1978-79年度』筑摩書房、2008年、101頁。

法原則」として、具体的には、自由市場経済の基本原則である営業の自由、住居移転の自由が筆頭に挙げられ、続いて、とりわけ競争制度がそれに加えられた。このリストは、さらに、契約の自由や私有財産や一定の非物質的財の保護などへと拡張されている。ちなみに、「営業の自由」を、ベームは、終戦後 1948 年に、米・英占領地区におけるカルテル結成禁止措置を背景に、改めて、「憲法としての性格をもつ」法律として再提示することになる。それは、完全な調整機能を備えた市場メカニズムに公序としての性格を与え、それが実現する競争秩序が損なわれた場合には、国家介入による競争秩序の回復を正当化することになることになるであろう⁹⁵。こうしたオールド自由主義のロジックをフォローする限りで、経済的自由主義は、近代以後の資本主義経済の変貌に対応して、ここに――すなわち第三帝国の時代に、公序としての再構築が企図されたのであるとの結論を与えることができそうである。しかし、こうした結論で良いであろうか。

こうしたロジックが、ベームの第三帝国に関する経済分析にそくして言うならば、何よりも、もっぱら工業経済という産業分野を対象として構築されたものであり、とりわけ食糧経済は視野の外側に置かれていることには注意が必要である。それはブーフハイムやシェルナーからシュトレープに至るまでの最近の経済史研究、そしてフーコーのオールド自由主義論についても言えることである。しかし、それは、経済史的・法制史的事実と照らし合わせたとき正当な視角設定であったと言えるであろうか。わが国のドイツ経済史研究が長らく照準をあててきたユンカー的土地所有の問題性は第三帝国の時代に家族世襲財産「失効法」によって大土地所有が解体されることで解消され、ドイツはその時代に名実ともに工業国家になったのであろうか。

第三帝国の歴史が示しているのは、それとは反対の事実である。すでに拙稿でも明らかにしてきたように⁹⁶、第三帝国の農業政策の中心人物であったコンラート・マイヤーは次のように記していた。「国家は一連の法律や諸規定を通じて、大規模な私的森林所有(Großprivatwaldbesitz)に対して、国家の特別の保護を授けてきた」。「例えば、家族財産、すなわち以前の家族世襲財産(Fideikommiss)の結合的森林所有(den gebundenen Waldbesitz)に関する特別の法令が發布された。それは、家族財産、すなわち以前の家族世襲財産(Fideikommiss)を、森林農場(Waldgütern)、森林財団(Waldstiftungen)、保護林(Schutzforste)などの結合的形態(gebundener Form)において維持するため」あり、「さらに、私的森林を強制執行から守るのに適切な措置が取られ、また負債免除手続き(Entschuldungsverfahren)が実行された」のである、と⁹⁷。家族世襲財産の「失効法」にもかかわらず、その「失効法」自身に規定されている様々な手続きを通じて、ユンカーの大土地所有は解体されるどころか、事実上は、逆に国家の特別の保護の下に維持されたのである。さらに注目すべきことは、第三帝国がいかなる点においても何よりも工業国家たることを目指したのではなく、むしろ、ナチス農業政策の最終段階で登場した「東部ヨーロッパ開発計画」(1941 年)が示しているように⁹⁸、1930 年代に農業・工業・サービス業の就業人口比率が均衡していたバイエルンないしハノーファーの人口構成を理想としたことにも改めて注意を向けるべきであろう。真に照射されるべき

⁹⁵ 村上淳一『ドイツ市民法史』228 頁以下。

⁹⁶ 雨宮昭彦「フランツ・ベームまたはナチス食糧経済の課題と政策」(Research Paper Series, No. 180, 2017/3)を参照。

⁹⁷ Meyer, Konrad(Hg.), *Gefüge und Ordnung der deutschen Landwirtschaft*, Berlin 1939, S. 438f.

⁹⁸ 東部ヨーロッパ総合開発計画最終案は次に収録されている。Dokument Nr. 23, 1942, Juni, Berlin. Denkschrift „Generalplan Ost. Rechtliche, wirtschaftliche und räumliche Grundlagen des Ostaufbaus“, in: Madajczyk, Czeslaw(Hg.), *Vom Generalplan Ost zum Generalsiedlungsplan. Dokumente*, München 1994, S.91-130. 次を参照、雨宮昭彦「フランツ・ベームまたはナチス食糧経済の課題と政策」(Research Paper Series, No. 180, 2017/3)。

「歴史的対象物」⁹⁹は、テキストが設定した視圏の外側に置かれてしまっているかもしれないからである。

そもそも、すでに述べたように、ナチス法改革に関して、グロスマン＝デルトは、新体制発足後の 1934 年の時点ですでに新しい法思想が実現をみた改革として、「人種法、法原則としての指導者原理、世襲農場法、自由な市場経済からの農民の分離」を挙げている。その上で、彼は、なお、「自由主義時代に生成し 19 世紀末に成立した、経済生活に関する法律」、すなわち「自由主義的経済法」の改革という課題が残っていることを指摘していた。この「第二の課題」とそれに対するオールド自由主義的解答案が、ナチス法改革の全体から(またそれに対するオールド自由主義の基本的スタンスから)分離されて戦後へと引き渡されていったのかもしれない。

⁹⁹ Wehler, Hans-Ulrich, *Die Herausforderung der Kulturgeschichte*, München 1998, S. 8.